

Id Cendoj: 28079120012009101249  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 10943/2009  
 Nº de Resolución: 1323/2009  
 Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO  
 Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE  
 Tipo de Resolución: Sentencia

#### Resumen:

Detención ilegal y robo con violencia. Concurso de normas o de delitos. Doctrina de la Sala. Individualización de la pena. Dilaciones indebidas. No se aprecia como muy cualificada. Detención ilegal. El recurrente estuvo presente y asumió la actuación de los otros dos procesados. Robo con violencia, figura atenuada 242.3, hay estar a la menor antijuricidad del hecho, entidad de la violencia y restantes circunstancias. Atenuante reparación en delitos no patrimoniales sino con bienes jurídicos personales. Denegación de preguntas a peritos. Impertinencia.

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Diciembre de dos mil nueve

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por **Ángel Jesús , Arturo , Claudio** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Bis, que condenó a los acusados, por un delito **de detención ilegal y lesiones** ; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida Isaac , representado por el Procurador Sr. Velo Santamaria, y dichos recurrentes representados por las Procuradoras Sras. Segura Sanagustin, Jiménez de la Plata, Montero Rubiato respectivamente.

### I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción número 3 de Puerto del Rosario, instruyó sumario con el número 3 de 2007, contra Ángel Jesús , Arturo , Claudio , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas, cuya Sección bis, con fecha 13 de abril de 2.009, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

*HECHOS PROBADOS: PRIMERO.- Probado y así se declara que los acusados don Claudio (mayor de edad y sin antecedentes penales), don Arturo (mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia) y don Ángel Jesús (mayor de edad y sin antecedentes penales), conocedores de que don Isaac , en su domicilio (sito en la CALLE000 , NUM000 de Puerto del Rosario -isla de Fuerteventura-), ubicado en un lugar apartado, tenía un negocio destinado a la venta de vehículos y de que en el mismo podía guardar una importante cantidad de dinero, sobre las 19:00 horas del día 17 de junio de 2007, se trasladaron a dicho domicilio.*

**SEGUNDO.-** Así, los tres acusados llegaron al referido lugar en el vehículo matrícula ....-DRD , alquilado a nombre del acusado don Claudio , quien conducía, bajándose del coche los otros dos acusados, los cuales, con el pretexto de interesarse por un vehículo, solicitaron la presencia de don Isaac , al que el acusado don Ángel Jesús agarró por el cuello, al tiempo que el acusado don Arturo le puso una pistola simulada en el estomago, tras lo cual ambos acusados introdujeron por la fuerza a don Isaac en el vehículo matrícula ....-DRD .

*Seguidamente, mientras el acusado don Claudio conducía el vehículo, sin camisa y con el rostro cubierto por una especie de pasamontañas, para evitar ser identificado, los otros dos acusados propinaban golpes a don Isaac , colocándole cinta aislante en las manos.*

*Una vez que llegaron a un lugar apartado, los acusados don Arturo y don Ángel Jesús bajaron del vehículo a don Isaac , introduciéndole, a través de una ventana, en una caseta prefabricada abandonada, en cuyo interior le amordazaron con cinta aislante, le ataron las manos a la espalda, con el mismo tipo de cinta, y el resto del cuerpo con cuerdas, golpeándole, exigiéndole que les entregase seis mil euros (6.000 #) Y diciéndole "esto es un secuestro, si no haces lo que te decimos te vamos a matar". Mientras esto último sucedía el acusado don Claudio permanecía en el exterior de la caseta, fuera del vehículo.*

*A continuación, los acusados don Arturo y don Ángel Jesús volvieron a introducir a don Isaac en el referido vehículo, en el que, conducido por el acusado don Claudio , se dirigieron al domicilio de don Isaac en busca del dinero cuya entrega*

*Una vez en las inmediaciones del referido domicilio, como quiera que don Isaac se negaba a bajarse del vehículo, ante el temor de que su novia (de la que había recibido una llamada telefónica mientras se encontraba retenido en la caseta), pudiera encontrarse en el interior de la vivienda, los acusados emprendieron nuevamente la marcha hacia el lugar en el que habían estado con anterioridad, regresando finalmente al domicilio de don Isaac , al acceder finalmente éste a entregarles el dinero exigido.*

**TERCERO.-** Una vez que llegaron a la casa de don Isaac , éste, ya sin ataduras, y los acusados don Arturo y don Ángel Jesús entraron en el interior de la misma, sacando don Isaac una cesta que contenía cuarenta y seis mil novecientos noventa y cinco euros (46.995 #), cantidad de la que se apoderaron los dos acusados citados, los cuales repartieron posteriormente su importe, a partes iguales, con el acusado don Claudio .

*Seguidamente, sobre las 19:30 horas del mismo día 17 de junio de 2007, los tres acusados huyeron en el referido vehículo, al que don Isaac logró lanzar una piedra que impactó en la luna trasera.*

**CUARTO.-** El día 18 de junio de 2007, en el Aeropuerto de Los Rodeos (Tenerife), funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía procedieron a la detención, de los acusados don Arturo y don Ángel Jesús , incautándoles treinta y dos mil quince euros (32.015 #).

*Asimismo, el día 20 de junio de 2007, dos días después de la detención del acusado don Claudio , un primo de éste hizo entrega a funcionarios de la Policía Local de Puerto del Rosario de una bolsa conteniendo catorce mil novecientos ochenta euros (14.980 #), bolsa que dicho acusado había dejado en el domicilio de su primo.*

**QUINTO.-** Como consecuencia de los golpes recibidos, don Isaac sufrió diversas contusiones faciales, para cuya sanidad precisó una primera asistencia facultativa, tardando en curar nueve días, durante los cuales no estuvo impedido para desarrollar sus ocupaciones habituales.

**SEXTO.-** El día 18 de junio de 2007 el acusado don Claudio , con el fin de evitar que se le relacionase con los hechos anteriormente descritos, procedió a denunciar, ante el Puesto de la Guardia Civil de Puerto del Rosario, la sustracción del vehículo matrícula ....-DRD , circunstancia ésta que, precisamente, permitió su posterior identificación y detención, instruyéndose en virtud de tal denuncia el atestado nº NUM001 .

**SÉPTIMO.-** El día del juicio oral, antes de su inicio, el acusado don Claudio ingresó en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección la cantidad de 360 euros.

**Segundo.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

**FALLO:** Que **DEBEMOS ABSOLVER** y **ABSOLVEMOS** a don Claudio , a don Arturo y a don Ángel Jesús del delito de denuncia falsa previsto y penado en el artículo 457 del Código Penal , de que venían siendo acusados.

**DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a don Claudio , como autor criminalmente responsable, con la concurrencia de la atenuante analógica de dilaciones indebidas del artículo 21.6a del Código Penal y de la agravante de disfraz del artículo 22.2a del Código Penal , de un delito de detención ilegal previsto y penado en el artículo 163.1 del Código Penal , a las penas de CUATRO AÑOS y SEIS MESES DE PRISION Y ACCESORIA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL: PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO POR IGUAL TIEMPO, Y de un delito de robo con violencia previsto y penado en los artículos 237 y 242.1 del Código Penal , a las penas de TRES AÑOS DE PRISION Y ACCESORIA DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO POR IGUAL TIEMPO, Y al pago de una tercera parte de las costas procesales.

y **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a don Arturo y a don Ángel Jesús , como autores criminalmente responsables, con la concurrencia de la atenuante analógica de dilaciones indebidas del artículo 21.6a del Código Penal , de un delito de detención ilegal previsto y penado en el artículo 163.1 del Código Penal , a las penas, cada uno de ellos, de CUATRO AÑOS y SEIS MESES DE PRISION Y ACCESORIA DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO POR IGUAL TIEMPO, de un delito de robo con violencia previsto y penado en los artículos 237 y 242.1 del Código Penal , a las penas, cada uno de ellos, de TRES AÑOS DE PRISION Y ACCESORIA DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO POR IGUAL TIEMPO, Y de una falta de lesiones prevista y penada en el artículo 617.1 del Código Penal , a la pena, cada uno de ellos, de DOS MESES MULTA con una CUOTA DIARIA de SEIS EUROS (6 #), quedando sujetos, en caso de impago, en una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, e imponiendo, a cada uno de dichos acusados el pago de una tercera parte de las costas procesales.

Don Arturo y don Ángel Jesús deberán indemnizar, conjunta y solidariamente, en concepto de responsabilidad civil, a don Isaac en la cantidad de trescientos sesenta euros (360 #) por las lesiones causadas.

La indemnización acordada devengará los intereses ejecutorios previstos en el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Para el cumplimiento de las penas de prisión impuestas les será de abono a los penados el tiempo que hubieren estado preventivamente privados de libertad por esta causa.

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley, por Ángel Jesús , Arturo , Claudio , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**Cuarto.-** Las representaciones de los procesados, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

Recurso interpuesto por Claudio

*PRIMERO* .- Al amparo del art. 852 LECrim . en relación con el art. 24 CE .

*SEGUNDO* .- Al amparo del art. 849.1 y 2 LECrim . por error en la apreciación de la prueba basado en documentos.

*TERCERO* .- Al amparo del art. 850.3 LECrim .

Recurso interpuesto por Ángel Jesús

*PRIMERO* .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por inaplicación del art. 8.3 y aplicación indebida del art. 163.1 CP .

*SEGUNDO* .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por infracción del art. 66.1 CP .

Recurso interpuesto por Arturo

*PRIMERO* .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por infracción del art. 21.6 CP .

*SEGUNDO* .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por infracción del art. 21.6 CP .

**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día dieciséis de diciembre de dos mil nueve.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### RECURSO INTERPUESTO POR Ángel Jesús

**PRIMERO: El motivo primero fundado en el art. 849.1 LECrim . por estimar que la Sala ha inaplicado indebidamente el art. 8.3 CP . y por consiguiente ha aplicado indebidamente el art. 163.1 del mismo cuerpo Legal**, dado que existe un concurso de normas y no de delitos entre la detención ilegal y el robo, al requerir éste por su propia naturaleza de una privación de libertad de la víctima que no resultó excesiva, al no sobrepasar los 30 minutos, y por ello es inherente al robo en el cual ha de quedar absorbida.

La regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de normas (*art. 8 CP .*) o de delitos, real (*art. 73*) o ideal (*art. 77*) ha de ser una valoración jurídica según la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante el concurso de normas, y en caso contrario, ante un concurso de delitos, real o ideal (STS. 1424/2005 de 5.12 ). O dicho de otra forma: si la privación de libertad es un instrumento necesario y proporcionado para el apoderamiento de la cosa habrá concurso de normas, con absorción de la detención ilegal por el robo violento, en caso contrario, estaremos en un concurso de delitos (STS. 479/2003 de 31.3, 12/2005 de 20.1 ).

Por atender a los diversos supuestos se suele atender a los siguientes criterios, según se señala en las SSTs. 282/2008 de 22.5 y 814/2009 de 22.7 .

**a) Duración** , conforme al cual cabe hablar de un **límite mínimo** por razón del cual se estima **absorbida** la detención por el delito patrimonial si dura un período de tiempo mínimamente irrelevante (Tribunal Supremo Sala 2ª, núm. 856/2007, de 25 de octubre, rec. 11.189/2006 : lo que excluye el delito en caso de privaciones de libertad *instantáneas o fugaces* ), y de un **límite máximo** que permite diferenciar la calificación de un concurso medial frente a un **concurso real** . Este criterio adolece de cierta ineludible indeterminación, puesta de relieve en nuestra Sentencia núm. 1539/2005, de 22 de diciembre, rec. 211/2005 .

**b)** No exigencia, fuera de tales casos de un especial **elemento subjetivo** de desprecio a la víctima, distinta de la que supone el dolo como expresión del conocimiento y voluntad de privar a otra persona de dicha libertad ambulatoria (*ibidem*).

**c)** Se advierte que la *regla del artículo 77.2 del Código Penal* exige que la relación de **funcionalidad** sea caracterizable como **necesaria** , de tal suerte que no basta la instrumentalidad de la privación de libertad, procurada a tal fin por el autor, si la sustracción no lo exigía de manera necesaria. (STS núm. 590/2004, de 6 de mayo ). La **n o necesidad funcional** de la privación de libertad para la comisión del otro delito, cuya ejecución es realizable prescindiendo de la privación de libertad, en alguna sentencia se traduce en la calificación de los hechos como autónomos (STS 2ª núm. 622/2006 , de 9 de junio, rec. 1.719/2005), siquiera este criterio no signifique cosa diversa que la ausencia de aquella necesidad medial, que expusimos en la Sentencia de esta Sala, núm. 1.539/2005, de 22 de diciembre, rec. 211/2005 ; y debiendo además atenderse, para calificar esa necesidad funcional, también a la **gravedad del atentado a la libertad** ya que, como dijimos en nuestra Sentencia, núm. 71/2007, de 5 de febrero, rec. 857/2006 , los supuestos en los que robo y detención concurren independientemente, sin poder atribuirse ese carácter medial por la excesiva gravedad de esta segunda infracción, respecto de su necesidad para la comisión del acto depredatorio o su innecesaria prolongación en el tiempo con respecto a éste, han de calificarse de concurso real.

Dada la naturaleza de las referencias -necesidad, conveniencia- es imprescindible examinar las **características y circunstancias de cada caso** .

Así recientemente hemos recordado en la STS nº 430/2009 de 29 de abril , que *la jurisprudencia ha exigido para entender que la privación de libertad no queda absorbida en la dinámica propia del robo, que el encierro o el traslado no queridos rebasen el tiempo normal y característico de la mecánica comisiva del robo , debiendo quedar excluidas del tipo sancionador de la privación de libertad las inmovilizaciones del sujeto pasivo del robo de corta duración e inherentes a la actividad expoliatoria desplegada por los agentes, sin sustantividad propia penal, que queda absorbido por el comportamiento depredatorio.*

En igual sentido la STS 447/2002 de 12 de marzo , conforme al criterio de atención a las circunstancias del caso concreto pudo decir que, por lo que se refiere al robo con intimidación, si la privación de libertad es la *imprescindible* para consumir el apoderamiento, la detención quedaría absorbida

-Sentencias de este Tribunal núms. 501/2004 de 14 de abril, 178/2003 de 29 de mayo ó 372/2003 de 14 de mayo -.

El concurso será el previsto en el *art. 77 del Código Penal* cuando la detención sea **medio necesario** para cometer el robo o se produzca durante la dinámica comisiva del mismo. Así en los casos de detención para despojar a la víctima de sus cosas muebles o para asegurar la ejecución del robo o la fuga del culpable (SSTS. 1008/98 de 11. de septiembre, 1620/2001 de 25 de septiembre, 1652/2002 de 9 de octubre ).

Por el contrario, si la detención *excede* del tiempo necesario para llevar a cabo el acto depredatorio, o *surge el robo después de la detención* , existiría también una situación de concurso real -Sentencias de este Tribunal de 29 de noviembre de 2000 y 477/2002 de 12 de marzo.- Y lo mismo dijimos en la nº 587/2008 de 25 de septiembre , donde establecimos que cuando la privación de libertad está encaminada a *trasladar a la víctima a otro lugar donde consumir* el delito principal, por razones derivadas de la **conveniencia** del autor unidas a las características de aquel, se ha de considerar, como se hizo en ocasiones, como concurso real. Y se penan separadamente ambas infracciones.

En el presente caso en el *factum* se destaca como la víctima fue abordada por dos de los acusados en su negocio destinado a la venta de vehículos, agarrándola uno de ellos por el cuello y poniéndole Arturo una pistola simulada en el estomago, le introdujeron por la fuerza en su vehículo donde les esperaba el tercer acusado, propinándole diversos golpes y colocándole cinta aislante en las manos. Seguidamente es trasladado en el vehículo hasta un lugar apartado, introduciéndole, a través de una ventana, en una caseta prefabricada abandonada y al tiempo que le amordazaban y ataban las manos a la espalda con cinta aislante, le golpearon, exigiéndole que les entregase 6000 E, diciéndole "esto es un secuestro, si no haces lo que te decimos te vamos a matar". De ahí, a continuación le vuelven a introducir en el coche y se trasladan al domicilio del acusado en busca del dinero. Una vez en las inmediaciones del referido domicilio como la negativa de la víctima a bajarse del vehículo ante el temor de que su novia (de la que había recibido una llamada telefónica mientras se encontraba en la caseta) pudiera encontrarse en la vivienda, los acusados regresaron con la víctima a la caseta en la que habían estado con anterioridad, para volver finalmente al domicilio de la víctima al acceder ésta a entregarles el dinero, y una vez llegaron a la casa, los acusados Arturo y Ángel Jesús entraron en su interior junto con el propietario, ya sin atadura, entregándoles éste 45.995 E, huyendo seguidamente los acusados del lugar.

Siendo así los hechos ejecutados (cuatro viajes en coche, del negocio a la caseta, de esta al domicilio, vuelta a la caseta y regreso al domicilio, con introducción en el coche y en la caseta, ataduras en cuerpo y manos y amordazamiento al tiempo que le golpeaban produciéndole diversas contusiones faciales) tienen la suficiente entidad para ser calificados, además de un delito de robo, como un delito de detención ilegal, y resulta correcto que la duración y la superfluidad de la privación, en lo intensivo y en lo extensivo, autorizan a predicar de ella una autonomía que le hace harto merecedora de su punición autónoma en concurso real con el delito patrimonial (STS. 282/2008 de 22.5 ).

**SEGUNDO: El motivo segundo con base en el *art. 849.1 LECrim* . por estimar que la Sala ha infringido el *art. 66.1 CP* . a la hora de determinar la extensión de la pena.**

Argumenta en síntesis el recurrente que en la individualización de las penas no se ha atendido a la menor gravedad del hecho de la detención ilegal -que no duró un segundo más desde el apoderamiento del dinero- que solo se le causaron a la víctima lesiones, constitutivas de falta y que el suceso no duró más de media hora, por lo que si se estima autónoma respecto al robo, debe reputarse una detención de no gravedad, y con referencia al robo, los acusados ignoraban lo que la víctima tenía en su domicilio ya que le exigieron inicialmente 6.000 E y además la cantidad finalmente fue sustraída, fue íntegramente recuperada. Por ultimo señala la incongruencia de la sentencia de imponerle la misma pena que al coacusado Claudio , cuando éste último se le aplica, además, la agravante de disfraz, y el agravio comparativo de imponerle igual pena que al otro acusado Arturo , cuando éste tiene antecedentes penales, para terminar interesando una pena de 4 años por la detención -se le impusieron 4 años y 6 meses- y 3 años por el robo- la misma pena que le fue impuesta en la instancia.

El motivo carece de fundamento y debe ser desestimado. Como decíamos en SSTS. 620/2008 de 9.10 y 534/2009 de 1.6 el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida. En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/2008 de 31 de Enero .

*"....Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E ., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del*

art. 24.1 C.E . --conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional-- resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personal (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo; 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003 de 10 de Febrero; 170/2004, de 18 de Octubre; 76/2007, de 16 de Abril ).

*Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003, de 10 de Febrero; 148/2005, de 6 de Junio; 76/2007, de 16 de Abril )".*

*"....El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión....".*

Reiteradamente ha señalado esta Sala -por todas STS. 809/2008 de 26.11 - que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonarán en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66 , sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico- constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

Es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala (STS. 27.9.2006 ), que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE . ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87, 152/87 y 174/87 ), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, pero también lo es que esta Sala ha dicho, SSTS. 976/2007 de 22.11, 349/2008 de 5.6 , que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal , cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta. Y, en otras ocasiones, se ha precisado (STS de 18-6-2007, nº 599/2007 ), que aún habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal.

Por ello este debe de razonar en la sentencia sobre la pena concreta que se impone adquiere especial relieve cuando el órgano judicial se aparta de modo notable del mínimo legalmente previsto, de modo que cuando tal se hace sin argumentación alguna al respecto, o cuando la existente viola las reglas de la razonabilidad, o no existe explicación o justificación alguna sobre las razones que ha tenido en cuenta el Tribunal para imponer esa pena que supera la mínima que legalmente puede ser impuesta y no hay datos en la sentencia recurrida de los que pudiera deducirse esa elevación de penas, esto es, cuando el Tribunal de casación no puede inferir de los hechos probados, en relación con la normativa y jurisprudencia aplicable a ellos, que las penas impuestas no vulneran el principio de proporcionalidad, este Tribunal es quien tiene el deber de suplir este precepto procesal con sus propios razonamientos, y ante aquella ausencia de datos la pena no debería ser otra que la mínima dentro del mínimo legal (SSTS. 7.3.2007, 2.6.2004, 16.4.2001, 19.4.99 ).

En el caso presente la Sala de instancia en la determinación de las penas, tiene en cuenta la concurrencia de una circunstancia atenuante lo que determina, de conformidad con la regla 1ª del art. 66.1 CP . la imposición de la pena en su mitad inferior, (prisión de 4 a 5 años en la detención ilegal y prisión de 2 a 3 años y 6 meses en el delito de robo con violencia) y las impuestas 4 años y 6 meses por el primer delito y tres años por el segundo, no supone una exasperación relevante sobre aquellos mínimos razonándolo, Fundamento Jurídico 6º "en la conducta desplegada por ambos acusados, así como al importe del dinero sustraído". Penas que deben entenderse proporcionadas a su concreta intervención y que si son iguales a

las del coprocesado Claudio -pese a concurrir en este una agravante- tal equivalencia es justificada por la Sala en orden a que "los actos más reprobables fueron ejecutados por los otros acusados". Este recurrente y Arturo -.

#### RECURSO INTERPUESTO POR Arturo

**TERCERO: El motivo primero por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim. al considerar que debió estimarse la atenuante del art. 21.6 CP . de dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento como muy cualificada**, pues la instrucción de la causa estuvo paralizada sin actuación alguna de forma injustificada habiendo infringido el deber constitucional de juzgar a través de un juicio justo y en el menor tiempo posible.

El motivo debe ser desestimado.

Ciertamente esta Sala -por todas STS. 1126/2009 de 19.11 -, siguiendo el criterio interpretativo del TEDH en torno al *art. 6 del Convenio* para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona "el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable", ha precisado los factores que han de tenerse en cuenta para su estimación, que son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por ello, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al *artículo 6.1 del Convenio* empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas c. España).

Además de lo anterior, se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en el momento oportuno, pues la vulneración del derecho, como recordábamos en la STS nº 1151/2002, de 19 de junio , "no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el *art. 24.1* de la Constitución mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa (Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1992, 301/1995, 100/1996 y 237/2001, entre otras; STS 175/2001, 12 de febrero )".

Sin embargo, como hemos dicho en la STS nº 1497/2002, de 23 septiembre , "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad. Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el *artículo 24 CE* sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza". Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (*artículo 11.1 LOPJ*), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables.

En cuanto a sus efectos esta Sala -STS. 505/2009 de 14.5 ha descartado sobre la base del *artículo 4.4º del Código Penal*, que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una *disminución proporcionada de la pena* en el momento de la individualización, para lo que habrá de atender a la entidad de la dilación. El fundamento de esta decisión radica en que la lesión causada injustificadamente en el derecho fundamental como consecuencia de la dilación irregular del proceso, debe ser valorada al efecto de compensar una parte de la culpabilidad por el hecho, de forma análoga a los efectos atenuatorios que producen los hechos posteriores al delito recogidos en las *atenuantes 4ª y 5ª del artículo 21 del Código Penal*. Precisamente en relación con estas causas de atenuación, las dilaciones indebidas deben reconducirse a la *atenuante analógica del artículo 21.6ª del Código Penal*, criterio éste fijado en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 21.5.1999.

En efecto ésta Sala considera que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía:

a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del *art. 21 del Código penal*;

b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas;

c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales;

d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la *ratio* de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido;

e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del *art. 21 del Código Penal*, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas.

Ahora bien, cuando se postula como muy cualificada, la doctrina de esta Sala, por ejemplo por ejemplo STS. 24.4.2003, 19.2.2001, ha entendido que son aquellas que alcanzan una intensidad superior a la norma de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes de hecho y cuantos elementos o datos puedan detectarse y no reveladores de la conducta del imputado.

Tratándose además de atenuantes por analogía, ha puesto de relieve su dificultad la STS. 1846/99 de 24.10, pues la analogía supone un término comparativo con otra recogida expresamente en la ley, de tal manera que si esta última (la que sirve de comparación) no puede aplicarse de modo directo, mal puede entenderse la analógica con el carácter de "duplicada". En todo caso para reputar una atenuante como muy cualificada es necesario que la sentencia lo declare expresamente o se deduzca de los hechos declarados probados -sentencia de 29 de octubre de 1986- y que deben estimarse como muy cualificadas cuando de las circunstancias concurrentes se deduzca una menor dolosidad o malicia en la intencionalidad delictuosa, bien por la menor libertad volitiva del sujeto para delinquir o por la menor entidad del propósito criminoso o acercamiento a la justificación - sentencia de 22 de septiembre de 1990 -, habiendo señalado la sentencia de 26 de mayo de 1986 que para que proceda la estimación de esta especial cualificación, es preciso:

1º. Que su intensidad sea superior a la normal respecto a la atenuante correspondiente.

2º. Que se atiende a la circunstancialidad del hecho, del culpable y del caso. Por lo demás esta Sala viene entendiendo que tan solo de forma excepcional las atenuantes analógicas pueden ser consideradas como muy cualificadas (STS. 493/2003 de 24.4 ).

Nuestra jurisprudencia, tratándose de dilaciones indebidas, ha apreciado en caso de transcurso de nueve años de duración del proceso penal (SSTS. 655/2003 de 8.5, y 506/2002 de 21.3 ), que correspondía la aplicación de una atenuante analógica con el carácter de muy cualificada, para reparar en términos penológicos la excesiva duración del proceso. También se ha apreciado como muy cualificada en la sentencia 291/2003 de 3.3, por hechos sucedidos en 1993 y juzgados en 2001 (ocho años) y en la sentencia 505/2009 de 14.5, lapso temporal de siete años en un proceso muy simple.



Supuestos substancialmente distintos del presente en el que la duración total del procedimiento (hechos sucedidos 17.6.2007 y sentencia dictada el 13.4.2009 , esto es menos de dos años) excluye la posibilidad de estimar la atenuante apreciada por la Sala de instancia en base a una paralización de 3 meses en la fase intermedia desde la presentación del último escrito de conclusiones hasta que la causa fue recibida por la Sección de la Audiencia Provincial, tratándose de causa con preso de tramitación preferente, como muy cualificada.

El motivo por lo razonado debe ser desestimado.

**CUARTO: El motivo segundo por infracción del art. 849.1 LECrim . al no aplicar lo previsto en la regla del art. 66 en relación con el art. 21.6 CP. - debe extenderse la regla 2ª - pues debía haberse impuesto la pena inferior en un grado, o al menos, la mínima prevista en el tipo.**

Supeditado el motivo a la prosperabilidad del anterior debe seguir igual suerte desestimatoria.

Las penas impuestas a este recurrente, al concurrir la atenuante de dilaciones indebidas, ha sido en su mitad inferior (art. 66.1.1 CP ), razonándose en el Fundamento Jurídico sexto, su concreta individualización.

RECURSO INTERPUESTO POR Claudio

**QUINTO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ . por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE , en relación con el art. 53.1 del propio Texto Constitucional , y art. 849.1 y 2 LECrim . y por último el art. 850.1 del mismo Cuerpo Legal.**

Con defectuosa técnica procesal y en contra de lo preceptuado en el art. 874 LECrim . amalgama en el motivo diversas quejas para concluir que se ha vulnerado el art. 24 CE al imputar un delito de detención ilegal al recurrente, que solo intervino y formó parte de un robo con violencia, y ello atendiendo a la prueba practicada en fase de instrucción por los miembros de la policía judicial del Puerto del Rosario, la propia declaración del denunciante y víctima del mencionado robo, la declaración de los testigos que participaron en la vista oral, los diversos informes periciales que se llevaron a efecto en la vivienda prefabricada, en los que no existen huellas del recurrente, las contradicciones de las declaraciones de los otros acusados en contraposición con la declaración del recurrente que siempre ha mantenido una misma versión de los hechos, dotada de verosimilitud a la hora de mantener su inocencia respecto al delito de detención ilegal reconociendo en todo momento su participación respecto al delito de robo, por cuanto no intervino en la agresión previa al denunciante y se limita a ver como lo van a introducir en su vivienda para que les diga y entregue el dinero que, al parecer, tiene escondido.

El motivo debe ser desestimado.

Como venimos afirmando -por todas STS. 1142/2009 de 24.11 - el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. De modo que, como declara la STC. 189/98 de 28.9 «sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado». Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el Art. 117.3 CE . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, porque el recurso de amparo (y el de casación añadimos nosotros) no es un recurso de apelación, ni éste Tribunal una tercera instancia.

Como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas STS. 672/2007 de 19.7 , cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del

hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7 ).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y su práctica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3 ). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (*art. 9.1 CE* ), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10 ).

Doctrina esta que ha sido recogida en la reciente STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, *art. 24.2 CE* . "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el *art. 117.3 CE* . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, F.J. 5 ).

Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un triple control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la práctica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86, 107/89, 384/93, 206/94, 24/97, 81/98, 189/98, 1/99, 235/2002, 300/2005, 66/2006 ).

**SEXTO:** A la luz de esta doctrina habrá de analizarse el motivo que cuestiona la existencia de prueba suficiente en relación a su participación en el delito de detención ilegal, por cuanto no intervino en los golpes y en la acción de atar y amordazar a la víctima.

Queja que deviene inadmisibles. La sentencia de instancia establece la concreta participación de este recurrente en base a la declaración del perjudicado Isaac en el sentido de que Claudio tenía el rostro cubierto por especie de pasamontañas y no por una camisa, y la inexistencia de amenazas por parte de los otros dos coacusados para ejecutar los hechos, pues dicho perjudicado aseguró no haber oído expresiones amenazantes proferidas por los otros acusados al recurrente cuando se subieron al vehículo, y a las propias declaraciones prestadas en el plenario por los acusados reconociendo su participación en los hechos.

Participación que en relación a Claudio se concreta en ser quien alquiló el vehículo matrícula ....-DRD y condujo el mismo con los otros acusados hasta el lugar donde Isaac tenía su negocio de venta de vehículos, permaneciendo en el interior del vehículo, sin camisa y con el rostro cubierto por una especie de pasamontañas, quien, cuando los otros dos acusados, introdujeron por la fuerza a la víctima en el vehículo, propinándole golpes y colocándole cinta aislante en las manos, condujo el vehículo hasta la caseta prefabricada situada en un lugar apartado, permaneciendo en el exterior, fuera del vehículo, sin marcharse del lugar, mientras los otros dos introducían a la víctima, a través de una ventana, en la caseta, quien nuevamente, cuando Arturo y Ángel Jesús volvieron a introducir a Isaac en el vehículo, emprendió la marcha hasta el domicilio de la víctima en busca del dinero exigido, y ante la negativa de éste, conduciendo siempre Claudio, volvieron a la caseta para finalmente regresar al domicilio de Isaac, en la que entraron los acusados Arturo y Ángel Jesús con la víctima, esperando Claudio en el vehículo a que salieran con el dinero que fue repartido a partes iguales, huyendo seguidamente los tres en el vehículo.

El motivo por infracción del derecho a la presunción de inocencia deberá ser desestimado, cosa distinta es que como el Ministerio Fiscal precisa en su detallado informe impugnando el motivo y como se aborda en el motivo siguiente por infracción de Ley -se estime por el recurrente que esa actuación es insuficiente para integrar su conducta en el delito de detención ilegal-.

**SEPTIMO: El motivo segundo por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 y 2 LECrim. por cuanto en la sentencia recurrida existe error de hecho en la apreciación de la prueba, según resulta de documento que demuestran la equivocación del Tribunal, no desvirtuados por otras pruebas, y por aplicación indebida de los arts. 163.1, 237 y 242.2 CP., así como por inaplicación de la atenuante muy cualificada de reparación del daño prevista en el art. 21.5 CP. (en el motivo por error se señala la nº 2 del art. 21 ).**

**1) En relación al motivo por error en la apreciación de la prueba,** señala como documentos: una diligencia de informe del atestado 1750 de la policía judicial, acta del propio recurrente entre la policía judicial, declaración del coacusado Ángel Jesús ante la Brigada de la Policía judicial y ante el Juzgado de Instrucción; declaración del recurrente Claudio ante el Juzgado ratificando su declaración policial, declaración del denunciante Isaac ante el Juzgado ene. sentido de que la intervención del recurrente se limitó a conducir el vehículo, sin amenazarle, pegarle o intimidarle, declaración del otro acusado Arturo ante el Juzgado de Instrucción, informe pericial de la Brigada de Policía científica acerca del vehículo y de la casa prefabricada, restos de cuerdas y cintas, acreditativo de que los restos lofoscópicos hallados corresponden a los otros acusados y no al recurrente Claudio; y un informe del Ministerio Fiscal sobre la libertad provisional de este recurrente que señala que "quienes intimidaron y agredieron a Isaac en el curso de los hechos y se erigían en ejecutores principales del delito, con independencia de la cooperación necesaria que tuvo Claudio ...

Impugnación que no puede merecer favorable acogida.

Con arreglo a este motivo, tal como hemos dicho en sentencias 30.9.2005, 8.6.2006, 19.6.2007, 4.12.2007, 13.2.2008, 24.11.2009, solo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entienden cometidos en la interpretación de los hechos.

Por ello el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, y siempre que tal error sobre un extremo fáctico sea grave y con relevancia causal respecto del fallo y quede evidenciado en algún documento o documentos genuinos obrantes en autos y no contradichos por otras pruebas de la

causa (SSTS. 1662/2003 de 5.12, 728/2001 de 3.5 ).

Pues bien no son documentos, aunque se hallan documentados en la causa bajo la fe pública judicial las pruebas de otra naturaleza, como las declaraciones del acusado ni de los testigos, ya que no son documentos ni las declaraciones del acusado ni las de los testigos ya que no garantizan ni la certeza, ni la veracidad de lo dicho por el manifestante, siendo simplemente pruebas personales documentadas en las actuaciones bajo la fe del Secretario Judicial y sometidas como el resto de las probanzas a la libre valoración del Juzgador de instancia, SSTS. 26.3.2001 y 3.12.2001). No de otra forma decíamos en la STS. 55/2005 de 15.2 "ni las declaraciones de testigos efectuadas en la instrucción ni las que tienen lugar en el juicio oral, transcritas en la correspondiente acta, tiene la virtualidad documental a los efectos de la casación prevista en el *art. 849.2 LECrim* . En realidad, las declaraciones de los testigos requieren para su valoración, salvo supuestos excepcionales de prueba anticipada, de la percepción por el Tribunal en el momento del juicio, pues solo entonces podrá éste formar su necesaria convicción sobre los hechos, de acuerdo con el *art. 741 LECrim* . Y lo visto y oído por el Tribunal de instancia está fuera del recurso y no puede ser contradicho en casación con apoyo en el acta del juicio. Esta sólo reproduce lo que el Secretario Judicial ha podido transcribir, sirviendo de documento público en el que constan las pruebas practicadas y los resultados de las mismas que el depositario de la fe pública estima pertinente hacer constar. Pero, estas constancias no reemplazan la percepción de la prueba de los jueces, que es la única que puede determinar los hechos probados. El contenido de lo declarado por los testigos, peritos y acusados, así como la credibilidad de sus manifestaciones por estas razones son completamente ajenas, como cuestiones de hecho, al recurso de casación" (SSTS. 26.2.2001 y 22.5.2003 ).

Criterio éste firmemente asentado en la jurisprudencia, así por ejemplo S. 1075/2004 , con cita de las SS. 15.3.91, 12.11.92, 1.4.96 , señala que este documento transcribe con las deficiencias inherentes al procedimiento empleado, lo sucedido en las sesiones celebradas en audiencia pública y contradictoria, y sirve para dar fe, si bien fragmentariamente, del contenido de las declaraciones del procesado, testigos y peritos comparecientes, así como de cualquier incidencia que surja durante las sesiones, pero no por ello las pruebas pierden su verdadera y primitiva naturaleza procesal, no transformándose en prueba documental que sirva para acreditar el error del juzgador, y la STS. 1866/2000 de 5.12 , que precisa que "incurre la parte recurrente en el común error de olvidar que es al Tribunal sentenciador, - y no a las partes, ni al Tribunal de alzada, ni tampoco al Secretario Judicial - a quien compete valorar con inmediación la prueba testifical que se desarrolla en su presencia, constituyendo el acta únicamente un sucinto resumen que da cuenta de lo más relevante ocurrido durante el juicio oral pero que ni es, ni pretende ser legalmente (*art. 743 LECrim* ), un reflejo completo de las declaraciones testificales, las cuales se emiten y valoran en directo conforme al principio de inmediación que rige, hasta la fecha, en nuestro ordenamiento procesal penal (ver SS. 446/98 de 28.3 y 219/96 de 1.4 entre otras).

Consecuentemente no puede basarse el error pretendido en un informe policial contenido en el atestado, por cuanto esta Sala no admite que pueda basarse su motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2006 de 8.5 ), tampoco las diligencias policiales en las que contienen las manifestaciones de quienes declaran ante los agentes, ni tienen tal carácter la declaración de un imputado o coimputado y las declaraciones testificales.

La ausencia de huellas de Claudio que se señala en el informe pericial no acredita error alguno desde el momento que en el *factum* se recoge que Claudio permaneció en el exterior de la caseta. Y respecto al informe del Ministerio Fiscal no es un documento creado con fines de preconstitución probatoria y destinado a surtir efectos con el tráfico jurídico, sino producido u originado dentro del proceso no vinculante para el Juez, por más que el mismo no se excluye su participación por cooperación necesaria.

2) En relación al motivo del *art. 849.1 LECrim* . entiende que no es aplicación el *art. 163.1 CP* . relativo a la detención ilegal, que como el recurrente no realizó acto alguno de acometimiento contra la víctima, resulta aplicable el *art. 242.3 CP* , y que tal como consta en el acta del juicio oral y se recoge en el apartado 7 de los hechos probados: el día del juicio oral, antes de su inicio, el acusado Claudio ingresó en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta sección la cantidad de 360 E.

a) Respecto a la inaplicación del *art. 163.1 CP* , reproduce en este apartado sus anteriores alegaciones de no ser merecedor su conducta de ser calificada de coautor en la detención ilegal, pues ni golpeó ni ató a la víctima, ni la introdujo en la caseta.

Con carácter previo debemos diferenciar la autoría conjunta de la cooperación necesaria. La primera supone una ejecución conjunta del hecho con aportaciones relevantes de todos los coautores al resultado final. La definición de la autoría acogida en el *art. 28 CP*. como *realización conjunta del hecho*, implica que

*cada uno* de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo... pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas.

La cooperación necesaria, por el contrario, tiene un carácter subordinado a la acción del autor, pues se trata en todo caso de la contribución al hecho de otro con cuya ejecución se coopera. Deforma necesaria, equiparado generalmente al autor, si es muy relevante en función de su contenido en relación con el hecho. Y en otro caso, como complicidad. Pero el cooperador necesario, al igual que el cómplice, no tiene el dominio del hecho, por más que su contribución sea importante para la ejecución.

Doctrina, como decíamos en la STS. 107/2009 de 17.2 , con cita de las sentencias 11.9.2000 y 14.12.98 , definitivamente asentada en la jurisprudencia, que señala que "la nueva definición de la coautoría acogida en el *art. 28 del C. P. 1995* como "realización conjunta del hecho" viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del "acuerdo previo", a los cooperadores no ejecutivos, es decir a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo la "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum scaeleris" y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución".

En este tema la s. T.S. 20-7-2001 precisa que la autoría material que describe el *art. 28 CP* . no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Autor directo, según dispone el *CP*, es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Como dice la s. T.S. 27-9-2000 , tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será autor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

La coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito. Las SS. T.S. 29-3-93, 24-3-98 Y 26-7-2000 , han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
- 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.
- 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.
- 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte

en la ejecución del hecho.

En el presente caso la sentencia recurrida, Fundamento Jurídico cuarto, considera la existencia de un acuerdo previo entre los tres acusados que infiere de sus propias declaraciones en el juicio oral en el sentido de que se habían trasladado desde Tenerife a Fuenteventura para "dar un palo" y del planeamiento de las acciones que iban a ejercitar y el reparto de papeles a realizar, tal y como lo evidencia, en relación a éste recurrente Claudio , que llevase el rostro cubierto, desde un primer momento, que fuese quien alquiló el vehículo y el reparto de dinero a partes iguales.

Asimismo el delito de detención ilegal es un delito permanente en el que sus efectos se mantienen hasta la liberación de la víctima, por lo que admite la participación posterior a la consumación (SSTS. 59/2001 de 22.1, 1400/2003 de 28.10, 1548/2004 de 27.12, 48/2005 de 28.1 ), dado que la privación de libertad permanece en el tiempo hasta su cesación, por lo que existirá autoría y participación después de la consumación si el comportamiento del autor cae dentro del tipo legal y la contribución del partícipe va referida a la acción u omisión típica que se sigue realizando.

El delito permanente se caracteriza porque la acción continua, de forma ininterrumpida, realizando el tipo después de la consumación. Por ello quien interviene después de la consumación del delito, si realiza actos ejecutivos será coautor y si participa en la acción u omisión típica, que se sigue realizando, será cooperador o cómplice, según los casos.

En el caso que se analiza, aunque se admitiera a efectos dialécticos la versión del recurrente de que su acuerdo con los otros dos acusados era para la comisión de un delito de robo, resultaría evidente que cuando éstos -mientras él esperaba en el coche- introducen en el vehículo a la víctima, y el recurrente se aviene a trasladarlo, conduciendo, primero a la caseta y después a su domicilio, por dos veces, presenciando todos los actos de sus acompañantes, golpeando y maniatando a la víctima, sin hacer nada para evitarlo, supone una ratificación de lo ya realizado por quienes comenzaron la ejecución del delito de detención ilegal, con un acto esencial de cooperación a la acción delictiva, que culmina con el reparto del dinero a partes iguales.

b) Con referencia a la aplicación del subtipo atenuado del *art. 242.3 CP* . en el robo con violencia, esta Sala (SSTS. 663/2000 de 18.4, 1102/2000 de 3.7, 976/2003 de 4.7, 1432/2004 de 2.12, 207/2006 de 7.2), la rebaja punitiva viene determinada por la menor antijuricidad del hecho, no por consideraciones relativas a una culpabilidad disminuida, como claramente se deduce de su propia redacción: "entidad de la violencia o intimidación", y "circunstancias del hecho" en los términos que nos conducen al suceso acaecido en su dimensión objetiva.

Los criterios a seguir para dilucidar si ha de aplicarse o no este *art. 242.3* son:

1º. "Menor entidad de la violencia o intimidación", criterio principal, sin duda alguna, como se deduce de la expresión "además" que encabeza la referencia al otro criterio, y que, por otro lado, tiene una mayor concreción y hace referencia, de los dos bienes jurídicos protegidos en esta clase de robos (personas y patrimonio), al más relevante de ellos: la libertad e integridad de la persona.

2º. "Además las restantes circunstancias del hecho", elemento de menor importancia que el primero, como ya se ha dicho, pero imprescindibles para la aplicación del precepto, de modo que la sola consideración de la entidad de la violencia o intimidación no permite aplicar la rebaja en grado aquí previsto. Hay que examinar las otras circunstancias del hecho, indeterminadas en la propia norma y, por tanto, de muy variada condición:

a) El lugar donde se roba: no es lo mismo hacerlo en la calle a un transeúnte que en un establecimiento comercial, y tampoco puede equipararse el robo en una pequeña tienda al que se comete contra una entidad bancaria.

b) Con relación al sujeto activo, habrá de considerarse si se trata de una persona o si hubo un grupo de coautores, así como, en su caso, la forma de actuación de ese grupo y si se hallaba más o menos organizado.

c) Asimismo podrá considerarse el número de las personas atracadas y su condición en orden a su situación económica o a las mayores o menores posibilidades de defenderse.

d) La experiencia nos dice que de todas estas "restantes circunstancias del hecho", la que con mayor

frecuencia se nos presenta para valorar si se aplica o no esta norma jurídica, es el valor de lo sustraído, de modo que ha de excluirse esta aplicación cuando tal valor alcanza cierta cuantía que, desde luego, no cabe determinar en una cifra concreta, pues habrá de variar según esas otras circunstancias antes indicadas o cualesquiera otras que pudieran conferir al hecho mayor o menor antijuricidad.

Todos estos criterios habrán de tenerse en cuenta conjuntamente, a fin de poder valorar de modo global la gravedad objetiva de lo ocurrido, en sí mismo considerado, para determinar en definitiva si la pena básica a imponer (la del 242.1º ó la del 242.2) es proporcionada a esa gravedad o si ha de considerarse más adecuada la rebaja en un grado que prevé el 242.3.

En el caso que se considera, los hechos se verifican mediante la actuación conjunta de tres personas, utilizando uno de ellos una pistola simulada, se causan lesiones -aunque sean leves- a la víctima, la sustracción se produce en el propio domicilio de éste, lo que supone un ataque añadido a la morada con la mayor peligrosidad que ello supone, y la cantidad sustraída, 46.995 E debe entenderse de notoria importancia. Que este concreto recurrente no realizara activamente los actos agresivos hacia la víctima no es suficiente para apreciar una antijuricidad disminuida en su actuar.

Por todo lo expuesto, la inaplicación del subtipo atenuado resulta correcta.

**3)** Por último en orden a la aplicación del *art. 21.5*, atenuante de reparación del daño, por haber ingresado en la cuenta de consignaciones de la Audiencia, antes del inicio del juicio oral, la cantidad de 360 E. Desde el punto de vista material, antes de analizar la corrección del pronunciamiento de la Audiencia en este particular concreto, conviene delimitar la "ratio atenuatoria" de esta circunstancia en su actual formulación legal.

Esta Sala, en diversas resoluciones, auto 701/2004 de 6.5 entre otras, expresa lo siguiente:

"La reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos se regulaba en el C.P. anterior dentro del arrepentimiento espontáneo, configurándose en el *C.P. de 1995* como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal.

Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento de política criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el *artículo 110 del Código Penal*, pues este precepto se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. mente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral puede integrar las previsiones de la atenuante.

Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, ser valorada como un indicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena"

Asimismo la STS. 809/2007 de 11.20 pone de relieve la existencia de dos corrientes de esta Sala, que entendemos no son excluyentes o incompatibles, si las interpretamos desde la perspectiva del carácter "objetivo" de la circunstancia.

Por una parte la denominada teoría del "*actus contrarius*" que para algunos comportaría el reconocimiento de la autoría del hecho generador del daño, en cuanto el sujeto activo exterioriza una voluntad de reconocimiento de la norma infringida. Dicha tesis parece colocar el acento en la *menor culpabilidad del autor*, esto es, en la menos reprochabilidad personal por el acto antijurídico realizado, por cuanto a través de un acto *ex post acepta su responsabilidad*, contribuyendo a reforzar la vigencia del ordenamiento jurídico transgredido.

La tesis contrapuesta que podríamos denominar de "*protección objetiva de la víctima*", lo que pretende es incentivar el apoyo y ayudar a las víctimas del delito, exigiendo del responsable una conducta de eliminación o disminución en la medida de lo posible de los efectos negativos de la infracción criminal. Realmente es la doctrina que sostiene el auto de 6-5-2004, a que hicimos referencia en el epígrafe anterior. Son razones de política criminal las que justifican la atenuación y que tienden a favorecer al autor del delito que repara total o parcialmente -pero en todo caso de manera significativa- el daño ocasionado con su conducta, sin desconocer que también puede ser ponderada la menor *necesidad de pena* derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, *aunque la atenuante del art. 21-5 C.P. no lo exija*.

Interpretada la doctrina del "*actus contrarius*" desde la óptica de la objetividad indiscutible de la atenuante, no es posible afirmar que la circunstancia atenúa por razón de una menor culpabilidad. La culpabilidad del hecho hay que situarla en el momento de la comisión del mismo, en que el sujeto activo despliega una conducta consciente vulneradora del ordenamiento jurídico penal, pudiendo haberlo evitado, y a pesar de todo y aun afirmando que de presentársele la ocasión actuaría de igual modo, reconoce que como autor material de un daño debe responder frente a la víctima y lo hace.

Así pues, la doctrina del "*actus contrarius*", interpretada desde la objetividad con que lo hemos hecho, valoraría el comportamiento del agente, con virtualidad para atenuar, desde la perspectiva del reconocimiento de la infracción del ordenamiento jurídico y el sometimiento al mismo, al provocar la eliminación o disminución de los efectos del delito. El autor estaría exteriorizando una voluntad de reconocimiento de la norma infringida que no de su propia responsabilidad penal. Su responsabilidad civil declarada en sentencia nace "*ex delicto*" por lo que satisfaciéndola el acusado reconoce que fue autor o tuvo participación en la causación a un tercero de un daño injusto.

Desde otro punto de vista, el carácter absolutamente objetivo de la atenuante no excluye que en la reparación total o parcial el daño, el sujeto, además de dar satisfacción a la víctima, reafirme la vigencia de la norma jurídica vulnerada y en definitiva el propio acto de reparación, restitución, indemnización o demás formas de eliminar o atenuar los efectos del delito, conlleva la emisión de una voluntad externa de reconocimiento del derecho.

No obstante -como decíamos en la STS. 78/2009 de 11.2 - debe insistirse que en su formulación actual ha desaparecido de la atenuante toda referencia al ánimo del autor por lo que no es necesario que la reparación responda a un impulso espontáneo, debiendo prevalecer el carácter objetivo de la atenuante -en atención a determinadas circunstancias que reseña la STS. 809/2007 de 11.10 :

a) La ley no exige el requisito adicional del reconocimiento de la culpabilidad y donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir.

b) Todas las atenuantes *ex post facto* (reparación, confesión, colaboración, etc.) se alejan de la exigencia de una menor culpabilidad por el hecho y simplemente están basadas en razones de política criminal.

c) Exigir la presencia del elemento subjetivo de reconocimiento de la culpabilidad o responsabilidad penal comportaría de algún modo resucitar el móvil de arrepentimiento ya superado para integrar improcedentemente en la atenuante un componente anímico que el legislador no contempló.

d) Una interpretación que exigiera el reconocimiento de la responsabilidad penal como elemento necesario para la estimación de la atenuante desalentaría o no serviría de estímulo a las conductas de reparación del daño del delito, al tener que renunciar el acusado a determinadas estrategias procesales de defensa.



Por ello las SSTs.612/2005 de 12.5, y 1112/2007 de 27.12, esta Sala ha destacado una y otra vez el carácter objetivo de la atenuante, por cuanto la reparación del daño ocasionado a la víctima, en la medida de lo posible, es el dato determinante, resultando secundarios los propósitos o el origen de la compensación dineraria, siempre que se obtenga por iniciativa del acusado.

Ahora bien constituye, a su vez, un referente atendible la naturaleza del delito, cuyos efectos nocivos se tratan de reparar. Si se trata de delitos estrictamente patrimoniales, como hurto, apropiación indebida, estafa, robo con fuerza, etc. es posible que el único bien jurídico protegido, el patrimonio privado, pueda ser íntegramente reparado en su plenitud.

No ocurre lo mismo en el pago de una indemnización económica señalada por unos perjuicios derivados de la lesión de bienes jurídicos personales. El daño ocasionado es irreparable y no tiene vuelta atrás. El pago de tales perjuicios económicos aunque fuera íntegro, sólo en parte, podría compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico que se protege.

En el caso de autos el recurrente el mismo día del juicio ingresó en la cuenta de consignaciones 360 E, la Audiencia entendió que con este ingreso no se repara en modo alguno el daño a la víctima, ya que, en primer lugar, esa cantidad coincide con la solicitada, únicamente respecto de los otros dos acusados, por las acusaciones en concepto de responsabilidad civil por las lesiones causadas a la víctima, sin que, por otra parte, la defensa del acusado Claudio, al modificar sus conclusiones provisionales, concretase el destino que debía darse a dicha cantidad pese a que tal circunstancia le fue puesta de manifiesto por éste Tribunal, por si se trataba de una omisión involuntaria; y en segundo lugar, porque el principal daño ocasionado a la víctima es moral, no derivando tanto de las lesiones, sino de la detención ilegal, y difícilmente puede ser reparado con una cantidad tan insignificante.

Argumentación correcta y que debe conllevar la desestimación del motivo.

Como ya hemos señalado debemos tener en cuenta aquellos delitos que no sean propiamente de contenido patrimonial, en los cuales la determinación de los perjuicios ocasionados a la víctima es más fácil de cuantificar y aquellos otros en donde la indemnización civil se integra por el daño moral estrictamente considerado, como ocurre entre otros muchos, en los ataques contra la libertad y seguridad de las personas. En estos la reparación del daño tiene que estar plenamente justificada, adecuadamente razonada, e incluso de alguna manera admitida por el perjudicado o víctima del delito, porque la reparación indemnizatoria de los daños morales nunca es completa, ni siquiera, podemos decir, que aproximada, ante la propia entidad del bien jurídico infligido por el delito. Difícilmente pueden repararse con una indemnización de tipo económico, que no resulta más que una mera ficción legal. Ello produce que las resoluciones judiciales en esta materia deban ser enormemente restringidas y calibradas a las concretas circunstancias del caso concreto analizado. Si además, como ocurre en este caso, el recurrente cuando realmente tuvo ocasión de reparar el daño causado, devolviendo lo sustraído, por el contrario trató de poner a salvo su parte para cuando saliera de prisión, dejándolo en casa de un primo suyo, consiguiéndose su recuperación gracias a la actuación de un policial local, su actuación posterior limitándose a consignar 360 E sin expresa indicación de su entrega a la víctima, puede considerarse como una actitud meramente formal o insincera que transformaría lo ocurrido en una mera apariencia sin sustrato real alguno, no refleja una actitud de reconocimiento del orden jurídico ni supone al tiempo una reparación moral indicativa del esfuerzo para expresar el retorno al orden jurídico, sino en definitiva -como señala el Ministerio Fiscal- una pretendida "compra" de la atenuante que resulta inadmisibles.

**OCTAVO: El motivo tercero por quebrantamiento de forma, art. 850.1 LECrim, al haberse denegado una serie de preguntas dirigidas a los peritos de la policía científica** sobre las consideraciones y valoración de la participación del recurrente en los hechos que se originaron en las casas prefabricadas donde se llevó a la víctima y se la amordazó cuestiones que eran fundamentales para concluir sobre el grado de participación de este acusado, y que el Tribunal a quo desestimó por completo, al considerar varias de las cuestiones planteadas a los Peritos, como no procedentes, vulnerándose con ello, el derecho a la defensa y a un procedimiento con todas las garantías.

El motivo deviene inadmisibles.

En primer lugar para la prosperabilidad de este motivo es preciso, conforme a lo establecido en el art. 709 LECrim, que se formule la correspondiente protesta y que se hagan constar la o las preguntas que se han formulado y han sido denegadas (STS. 479/94 de 26.2). Y en el acta del plenario (folio 294) solo consta "el letrado formula su protesta por la inadmisión de pregunta relativa a la valoración de la prueba", sin que se consigne el contenido de esa concreta pregunta.

En segundo lugar, no basta con que una pregunta pueda tener relación directa con el objeto del juicio sino que es preciso valorar su relevancia, necesidad y causalidad de las preguntas en relación con el sentido del fallo, pues en la decisión del recurso de casación "lo relevante es determinar si la negativa a responder privó a la defensa del ejercicio de facultades inherentes a tal condición y si las preguntas omitidas eran relevantes en el preciso sentido de haber tenido aptitud para variar la decisión final, pues no de otro modo debe interpretarse la frase "manifiesta influencia en la causa" que se contiene en el *art. 850.3*, o la de "verdadera importancia para el resultado del juicio", a que se refiere el nº 4 de igual artículo" (SSTS. 2612/2001 de 4.12, 1064/2005 de 30.9 ).

En el caso actual, hemos de partir de que los peritos emiten sus pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos, en base a su especial preparación con la finalidad de facilitar la labor del tribunal en el momento de valorar la prueba, competencia exclusiva del juzgador.

Ello comporta que sí las preguntas dirigidas a los peritos iban encaminadas a acreditar la inexistencia de huellas de Claudio en la caseta a la que se trasladó a la víctima, tal aserto es admitido y recogido por la sentencia de instancia. Pero preguntar al perito que si ello acreditaba su no participación en los hechos, es una inferencia que solo el Tribunal está facultado para realizar, a la vista de todo el conjunto probatorio, por lo que la pregunta era impertinente y su denegación por la Sala procedente.

**NOVENO:** Desestimándose los recursos interpuestos, las costas se imponen a los recurrentes (*art. 901 LECrim* ).

### III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación**, interpuestos por **Ángel Jesús , Arturo , Claudio** , contra sentencia de 13 de abril de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección bis, que les condenó como autores de un delito de detención ilegal y lesiones; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Juan Saavedra Ruiz D. Andres Martinez Arrieta D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** D. Jose Antonio Martin Pallin

**PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.